

De toekomst van het Europees contractenrecht

Citation for published version (APA):

Smits, J. M., & Hardy, R. R. R. (2002). De toekomst van het Europees contractenrecht. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 6513, 827-833.

Document status and date:

Published: 01/01/2002

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

De toekomst van het Europees contractenrecht

In de rubriek Europees privaatrecht en rechtsvergelijking ditmaal een bijdrage over twee belangrijke Europese documenten op het terrein van (vooral) het contractenrecht: de Mededeling over Europees verbintenissenrecht (2001) en de Follow-up van het Groenboek over de consumentenbescherming in de Europese Unie (2002).

Prof. mr J.M. Smits en mr R.R.R. Hardy*

1. Inleiding

Nu meer dan een jaar geleden heeft de Europese Commissie voor de eerste maal in haar bestaan een document geproduceerd over de toekomst van het contractenrecht in Europa. De bedoeling van deze 'Mededeling over Europees verbintenissenrecht'¹ was om reacties uit te lokken van overheden, het bedrijfsleven en andere Europese belanghebbenden over hoe het contractenrecht in Europa er in de toekomst uit zou moeten zien. Die reacties zijn inmiddels binnen.² Bovendien heeft de Europese Commissie in juni 2002 de 'Follow-up'³ gepubliceerd van het Groenboek over de consumentenbescherming in de Europese Unie.⁴ Daarin zijn reacties te vinden op een al eerder uitgebracht discussiestuk over de juiste wijze van consumentenbescherming in Europa. Beide documenten, die opvallend genoeg amper naar elkaar verwijzen en ook deels tegenstrijdige oplossingen verkondigen, kunnen van groot belang worden voor de toekomst van het privaatrecht in de Europese Unie. Dat is reden genoeg om de lezer van WPNR over beide documenten voor te lichten. Bij voorlichting alleen kan het echter niet blijven. In het navolgende zullen beide documenten kritisch worden besproken. Ook wordt ingeschat in hoeverre zij werkelijk van invloed zullen zijn op het nationale privaatrecht (hoewel die vraag moeilijk te beantwoorden is nu het hier gaat om grotendeels 'politieke' documenten).

2. De 'Mededeling over Europees verbintenissenrecht': de voorgeschiedenis

De bemoeienis van de instituties van de EU met het privaatrecht was tot voor kort nogal beperkt. Dat verbaast ook niet omdat de EU nu eenmaal alleen kan optreden waar daartoe een competentie bestaat en die competenties nauw gekoppeld zijn aan de in art. 2-3 EG-Verdrag omschreven doelstellingen. Op privaatrechtelijk terrein zijn het meest relevant het bevorderen van de werking van de interne markt en de versterking van de consumentenbescherming. Met name op basis van dat eerste motief (uitgewerkt in art. 95 EG-Verdrag), al dan niet in combinatie met andere motieven,⁵ zijn dan ook vrijwel alle Europese richtlijnen op het terrein van het privaatrecht⁶ gegrond. De motivering is daarbij doorgaans dezelfde en ietwat ontvullend voor wie gelooft in consumentenbescherming als zelfstandig motief voor Europese interventie: het bestaan van verschillen tussen nationale wetgeving (waaronder die op het terrein van de consumentenbescherming) leidt tot verstoring van de concurrentie

* Jan Smits is hoogleraar Europees Privaatrecht, Robert Hardy is junior-onderzoeker, beiden aan de Universiteit Maastricht.

¹ Van 11 juli 2001, COM (2001) 398 def., ook beschikbaar via http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/cont_law_02_nl.pdf. Let wel: in de Engelstalige versie is sprake van 'European Contract Law', in de Franstalige van 'droit européen des contrats'. De vertaling 'verbintenissenrecht' is dan ook foutief.

² Zie http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/index_en.html.

³ Follow-up Communication to the Green Paper on EU Consumer Protection van 11 juni 2002, COM (2002) 289 def. Zie http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/fair_comm_pract/communication_en.pdf.

⁴ Van 2 oktober 2001, COM (2001) 531 def.; zie http://europa.eu.int/eur-lex/nl/com/gpr/2001/com2001_0531nl01.pdf.

⁵ Art. 61 jo. 65 EG-V inzake 'justitiële samenwerking in burgerlijke zaken' werd als basis gebruikt in de IPR-verordeningen 1346/2000 betreffende insolventieprocedures, 1348/2000 inzake betekening en kennisgeving van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken, 1347/2000 (Brussel II-verordening) en 44/2001 (EEX-Verordening) en 1206/2001 inzake bewijsverkriging.

⁶ Dat zijn er inmiddels vijftien over onderwerpen die het klassieke privaatrecht betreffen (alle opgenomen in J.H.M. van Erp & J.M. Smits (red.), *Bronnen Europees privaatrecht*, Den Haag 2001).

tussen bedrijven en vereist daarom harmonisatie. Dit motief vindt men al in de richtlijn misleidende reclame⁷ en, via vrijwel alle andere richtlijnen, nog steeds in de recente richtlijn inzake verkoop op afstand van financiële diensten.⁸ Het is dus de dreiging van concurrentievervalsing tussen verkopers en andere wederpartijen van de consument – en niet zozeer de consumentenbescherming zelf – die de grote motor vormt voor harmonisatie in de EU.⁹

Het belangrijkste bezwaar tegen harmonisatie van recht via richtlijnen is dat dit leidt tot een fragmentarische eenwording. Anders dan in de klassieke codificaties, waarin het gehele privaatrecht wordt bestreken, geschiedt de Europese harmonisatie vanuit specifieke thema's die op een bepaald moment op de politieke agenda komen van (vooral) het Directoraat Gezondheid en Consumentenbescherming. Dat is harmonisatie van geval tot geval. Tegen deze praktijk is dan ook al vroeg geprotesteerd door het Europees Parlement, dat al in 1989¹⁰ (en herhaald in 1994¹¹) de Europese Commissie en de Raad heeft opgeroepen tot het beginnen van voorbereidende werkzaamheden voor het opstellen van een 'Europees Wetboek van privaatrecht'. Die oproep werd pas in 1999 door de Europese Raad van Tampere beantwoord. In de slotverklaring van die Raad werd in het kader van het totstandbrengen van een 'ware Europese rechtsruimte' een paragraaf gewijd aan 'grotere convergentie inzake burgerlijk recht' met daarin de oproep om een 'alomvattende studie uit te voeren over de noodzaak de wetgeving van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied onderling aan te passen teneinde belemmeringen voor een goede rechtsgang in burgerlijke zaken weg te nemen'.¹² Die uitspraak is belangrijk omdat de ervaring leert dat bijna alle initiatieven van de Europese Raad (die bestaat uit de staatshoofden en regeringsleiders van de EU-landen) uiteindelijk worden geïmplementeerd.¹³ De Mededeling van de Commissie uit 2001 is het directe gevolg van deze oproepen van Parlement en Raad.

De Mededeling moet worden gezien als een eerste discussiestuk dat ten doel heeft om het debat over het Europees contractenrecht (andere onderdelen zijn uitdrukkelijk uitgesloten¹⁴) te verbreden naar de praktijk en de nationale staten. Inderdaad was het debat over het Europees privaatrecht tot heden hoofdzakelijk academisch van aard. De Commissie was met name geïnteresseerd in twee vragen: leiden de thans bestaande verschillen in het contractenrecht tot problemen en hoe kan een eventueel toekomstig Europees contractenrecht het beste worden vormgegeven?¹⁵ Het is niet zo dat indien de eerste vraag negatief wordt beantwoord, men aan de tweede niet meer toekomt: er kan dan altijd nog een noodzaak zijn om de al bestaande richtlijnen, die vaak onderling inconsistent zijn, aan te passen. In de discussie van de afgelopen maanden is het vooral om die tweede vraag gegaan. In het navolgende worden beide vragen besproken in het licht van de reacties die zij hebben uitgelokt. Daarbij zij nu reeds opgemerkt dat het aantal reacties groot was: de Commissie ontving meer dan 160 reacties, zowel van nationale regeringen, het Europees Parlement¹⁶ en de Raad van de Europese Unie¹⁷ als van bedrijven, beroepsorganisaties van advocaten en

⁷ Richtlijn 84/450 van 10 september 1984, Pb. EG L 250/17.

⁸ Richtlijn 2002/65 van 23 september 2002, Pb. EG L 271/16.

⁹ Waarbij zij aangetekend dat sinds het Verdrag van Maastricht een expliciete bevoegdheid is gegeven op het terrein van de consumentenbescherming (zie art. 153 EG-Verdrag, dat daartoe nog wel verwijst naar art. 95).

¹⁰ Resolutie over een poging tot harmonisatie van het privaatrecht in de lidstaten, Pb. EG C 158/400.

¹¹ Resolutie over de harmonisatie van bepaalde sectoren van het privaatrecht van de lidstaten, Pb. EG C 205/518. Zie ook nog de resolutie van 16 maart 2000, Pb. EG C 377/323.

¹² SI (1999) 800/SN 200/99, no. 39 (opgenomen in Van Erp/Smits, o.c., p. 22). Op de Europese Raad van Laken (december 2001: SN 300/1/01 REV 1, no. 45) is nog slechts een korte verwijzing gemaakt naar het 'overwinnen' van verschillen tussen de rechtsstelsels.

¹³ Vgl. Dirk Staudenmayer, *The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?*, ERPL 2002, p. 252.

¹⁴ Zij het dat aansprakelijkheidsrecht (met name produktenaansprakelijkheid), verrijksrecht en zekerheidsrechten op roerende zaken voor zover voor het contractenrecht van belang wel worden gedekt.

¹⁵ Mededeling, o.c., no. 15.

¹⁶ Resolutie van het Europees Parlement over de harmonisatie van het burgerlijk en handelsrecht van de lidstaten, A5-0384/2001.

¹⁷ Verslag van de Raad over de noodzaak de wetgevingen van de lidstaten op burgerrechtelijk gebied aan te passen, 29 oktober 2001, 13017/01 JUSTCIV 129.

notarissen, consumentenorganisaties en academici.¹⁸ Niet verrassend is dat de meeste bijdragen uit Duitsland en het Verenigd Koninkrijk komen en evenmin dat maar liefst zeventig academici hebben gereageerd.¹⁹ Bedroevend is dat het aantal reacties uit Nederland zeer laag was; zelfs een reactie van de Nederlandse overheid ontbreekt.

3. Diversiteit als belemmering voor de interne markt?

De hamvraag is voor de Europese Commissie of verschillen tussen rechtsstelsels in de weg staan aan de ontwikkeling van de interne markt. De Commissie is daar in het verleden vaak impliciet van uitgegaan, maar vraagt de praktijk thans terecht om aan te geven of diversiteit echt belemmerend werkt. Dat is niet geheel van eigenbelang ontbloeit: in de bekende tabaksreclame-zaak²⁰ heeft het Europese Hof van Justitie immers uitgemaakt dat verschillen tussen nationale stelsels op zichzelf niet voldoende zijn om op basis van art. 95 EG-Verdrag te handelen, maar dat moet blijken van echte of 'waarschijnlijke' belemmeringen. Wanneer de Commissie een richtlijn of verordening zou uitvaardigen zonder dat blijkt van die obstakels, bestaat het risico dat het Hof die ongeldig verklaart. Wat opvalt in de reacties, is dat maar weinig concrete voorbeelden van problemen door de bestaande diversiteit worden gegeven en dat doorgaans slechts wordt herhaald dat diversiteit van recht een belemmering is voor de grensoverschrijdende handel omdat kennis over het andere recht ontbreekt.

Dat geldt in elk geval voor de reacties van het Europees Parlement en van de Raad van de Europese Unie. Het Parlement herhaalt slechts dat consumenten de interne markt nu niet optimaal benutten en dat in het bijzonder het midden- en kleinbedrijf thans terughoudend is om over de grens te contracteren vanwege de daaraan verbonden onzekerheid.²¹ Ook in het rapport van de Raad voor Justitie en Binnenlandse Zaken worden die problemen niet gesignaleerd, maar wordt slechts benadrukt dat daar onderzoek naar moet worden gedaan.²² Het a priori voor de Raad is wel dat het van tevoren kennen van een op een geschil toepasselijk recht (en de mogelijkheid voor partijen te beslissen welk recht van toepassing is) het grensoverschrijdend verkeer bevordert. Dat is ongetwijfeld juist, maar met die constatering kan ook worden volstaan met regels van IPR.

Hetzelfde geldt voor de reacties van de overheden. Ook zij stellen dat er kosten zijn verbonden aan contracteren in een ander land en dat dit met name een probleem vormt voor het midden- en kleinbedrijf.²³ Daarmee wordt de hypothese van Basedow²⁴ bevestigd dat unificatie van recht minder nuttig is voor kleine bedrijven (die toch alleen in eigen land handelen) en voor grote bedrijven (die hun eigen contractvoorwaarden kunnen opleggen). Concrete voorbeelden ontbreken echter grotendeels. Interessant is de reactie van de Britse regering: die stelt dat het verschil tussen Engels en Schots recht geen problemen oplevert binnen het Verenigd Koninkrijk en dat het een veel proportioneler oplossing zou zijn om de kennis over andere stelsels te vergroten dan om de nationale rechtsstelsels te harmoniseren: 'solutions that seek greater convergence of those laws (...) may create as many problems as they solve. They would also be extremely difficult to achieve because of the major legal, political and cultural sensitivities are involved, and would divert resources from key priorities like completing the mutual recognition agenda of the Tampere Conclusions.' Die wederzijdse erkenning (met name van rechterlijke uitspraken) lijkt inderdaad minstens even belangrijk als harmonisatie.

Het meest belangrijk is de reactie van het bedrijfsleven. Dat weet immers zelf het beste of diversiteit van recht in de weg staat aan meer handel. De reacties zijn hier nogal uiteenlopend, maar een meerderheid van de vertegenwoordigers van industrie, detailhandel en andere bedrijfsorganisaties

¹⁸ Zie behalve de in voetnoot 2 genoemde website ook de samenvatting van de reacties op http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/summaries/sum_nl.pdf.

¹⁹ Tegenover 17 overheden, 46 bedrijfsorganisaties, 5 consumentenorganisaties en 27 vertegenwoordigers van de praktijk.

²⁰ HvJ EG 5 oktober 2000, C-376/98, Jur. I-8419. Zie daarover ook J.H.M. van Erp, Europees privaatrecht en rechtsvergelijking, WPNR 6473 (2002), p. 99 v.

²¹ Preamble, no. I.

²² Opvallend is dat de Raad veel aandacht heeft voor het familierecht (no. 14 v., i.h.b. no. 20).

²³ Zoals gezegd ontbreekt een reactie van de Nederlandse overheid; in de Nederlandse respons op het Groenboek consumentenbescherming (zie onder) wordt echter gesteld dat de Nederlandse overheid 'relatief weinig klachten van ondernemers en consumenten' ontvangt over de bestaande diversiteit.

²⁴ J. Basedow, Un droit commun des contrats pour le marché commun, RIDC 1998, p. 7 v.

lijkt sceptisch over het nut van harmonisatie. In de eerste plaats omdat daarmee de rol van het (privaat)recht wordt overschat: andere belemmeringen, zoals een andere cultuur van zaken doen,²⁵ zijn belangrijker en als het recht al een belemmering is, zijn bijvoorbeeld fiscaalrechtelijke verschillen belangrijker dan privaatrechtelijke. In de tweede plaats ook omdat bedrijven gebaat zijn bij zo weinig mogelijk verandering: zij regelen hun zaken zelf en zijn ingesteld op de huidige rechtsstelsels. In dat verband wordt in de reacties gewezen op de nefaste invloed van eerdere Europese interventie: implementatie van consumentenbeschermende richtlijnen heeft geleid tot regels van dwingend recht die, vanwege het minimumkarakter van die richtlijnen, nu per land fors verschillen.²⁶ Vanuit de rechtspraktijk zijn er soortgelijke geluiden.²⁷

De grootste voorstanders van harmonisatie zijn te vinden onder de consumentenorganisaties en de academici. Voor de eerste verbaast dat niet: als typische lobby-groep zien zij het ontbreken van informatie over buitenlands recht als ongunstig voor de consument die elders wenst te contracteren. Overigens is opgemerkt dat ook hier andere dan juridische factoren belangrijker zijn: 'consumers are more likely to be deterred by linguistic difficulties and by simple logistical problems such as practical difficulties of getting goods home delivered and/or problems of returning goods which prove unsatisfactory or defective.'²⁸ De grote animo voor unificatie onder academici vinden wij minder goed te begrijpen. Juist van hen mag worden verwacht dat zij kritisch nagaan of er werkelijk minder wordt gecontracteerd omdat in Europa diversiteit van recht bestaat. Voor de meesten van hen, is het echter een dogma (dus een niet nader te beargumenteren stelling) dat diversiteit problemen veroorzaakt. De meest uitgesproken reactie is die van de Lando- en de Von Bar-groep gezamenlijk.²⁹ Zoals bekend vervaardigen deze groepen beginselen van Europees privaatrecht, onder meer met als doel dat deze ooit in de vorm van een Europees BW zouden kunnen worden ingevoerd. Opvallend is dat in hun reactie de vraag van de Europese Commissie verkeerd lijkt te zijn begrepen: de beide groepen noemen namelijk wel een groot aantal verschillen tussen Europese stelsels (zoals ten aanzien van de bindendheid van een aanbod, de eis van *consideration*, de aanwezigheid van een mededelingsplicht bij dwaling, etc.), maar de vraag van de Commissie was nu juist of die verschillen in de weg staan aan de ontwikkeling van de interne markt. In de reactie wordt volstaan met het oordeel dat diversiteit negatief is omdat verkrijgen van kennis over een ander rechtsstelsel kostbaar is. De conclusie luidt dan ook: 'the Groups have not undertaken any empirical studies to assess the magnitude of any of these costs, but we consider it to be a safe assumption, supported by anecdotal evidence, that significant cost factors are involved and that these cost factors are operative in practically all sectors of the market economy.'³⁰ Maar voor het antwoord op een zo belangrijke vraag lijkt 'anecdotal evidence' ons niet genoeg.

Het schijnt ons toe dat de Europese Commissie teleurgesteld moet zijn in de reacties. Deze geven vrijwel geen concrete voorbeelden van bedrijven of consumenten die niet hebben gecontracteerd of die dat tegen hogere kosten hebben gedaan omdat thans diversiteit van privaatrecht bestaat. Nu is de vraag of diversiteit van recht schadelijk is voor de werking van de interne markt door juristen ook niet eenvoudig te beantwoorden. Dat lijkt ons vooral een vraag die op theoretisch niveau aan de hand van een economisch model moet worden beantwoord: economen kunnen immers een model ontwikkelen waarbij de transactiekosten van de interstatelijke handel in Europa worden berekend. Essentieel lijkt ons evenwel dat die kosten van diversiteit worden vergeleken met de kosten van *rechtseenmaking*. Indien zozeer de nadruk wordt gelegd op het kostenaspect als de Europese Commissie doet, dan is immers de vraag of de kosten van de huidige diversiteit niet lager zijn dan de

²⁵ Zie bijv. de reactie van Orgalime (dat 100.000 bedrijven in de metaal vertegenwoordigt): 'It will, of course always to some extent be easier to trade with companies and persons from your own country. This has, however, more to do with ease of communication, traditions and other factors, which are not dependent on contract law.'

²⁶ Zie bijv. de reactie van de Wirtschaftskammer Österreich, o.c.

²⁷ Overigens is ook de rechtspraktijk verdeeld. Zie de Reacties, o.c., p. 11. Voor zover er concrete problemen worden genoemd, liggen die vooral op het terrein van het verzekeringsrecht.

²⁸ Zie de reactie van de Britse Society of Public Teachers of Law, o.c.

²⁹ Ook verschenen als Christian Von Bar & Ole Lando, Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code, ERPL 2002, pp. 183 v., no. 11 v.

³⁰ no. 14.

kosten die rechtseenmaking met zich brengt.³¹ Wanneer de Commissie met een vervolgstuk komt (waarschijnlijk in de vorm van een Groenboek of een Witboek), dan zouden wij daarin de uitkomsten van een dergelijk onderzoek verwachten.

Bovendien willen wij aandacht vragen voor het proportionaliteitsbeginsel, neergelegd in art. 5 EG-Verdrag. Indien de kosten van elders contracteren thans te hoog zijn omdat onvoldoende kennis over buitenlands recht bestaat, dan is de meest voor de hand liggende oplossing om die kennis te vergroten. Het prijs geven van diversiteit is daarvoor niet nodig. Dit argument van proportionaliteit is overigens ook nog om een andere reden van belang: de meeste contracten worden gesloten tussen partijen uit hetzelfde land. De vraag of het proportioneel is om voor het relatief kleine aantal grensoverschrijdende contracten een uniform contractenrecht te creëren lijkt ons grotendeels een retorische vraag.

4. De vormgeving van een toekomstig Europees contractenrecht

Ook indien er geen reden is voor een verdere harmonisatie van het contractenrecht, kan optreden van de Commissie toch nuttig zijn. De belangrijkste twee redenen daarvoor zijn enerzijds de kwaliteit en de onderlinge consistentie van de al bestaande Europese regelgeving en anderzijds de problematische verhouding tussen EG-recht en nationaal recht.³²

Het eerste bezwaar is al aan de orde gekomen: de huidige Europese richtlijnen bestrijken slechts deelgebieden en hangen soms maar weinig samen. Dat komt ook omdat nu eenmaal elk Europees instrument een afzonderlijk politiek compromis is. Wie bijvoorbeeld de richtlijnen analyseert op de diverse ontbindingstermijnen, bemerkt grote verschillen: zij variëren van zeven dagen in de richtlijn colportage en tien dagen in de richtlijn timeshare tot zeven werkdagen in de richtlijn afstandsovereenkomsten en wederom 'tien kalenderdagen' in de recente richtlijn verkoop op afstand financiële diensten.³³ Op zichzelf is een gevalsgewijze benadering nog te verdedigen omdat de bevoegdheid van de EU nu eenmaal ook functioneel is bepaald. Maar zo een benadering wordt problematisch zodra diverse richtlijnen op dezelfde overeenkomst van toepassing zijn (zoals bijvoorbeeld het geval kan zijn bij de timeshare die via colportage wordt aangeboden³⁴). Nog los van deze inconsistentie, wordt ook al jaren geklaagd over de tekstuele kwaliteit van de richtlijnen.

Het tweede bezwaar betreft niet-eenvormige toepassing van EG-recht in de nationale stelsels. De Commissie ziet dit probleem vooral waar 'abstracte termen'³⁵ worden gebruikt. Zo hanteren diverse richtlijnen een begrip 'schade', maar ontbreekt elke achtergrond om dat begrip op Europese wijze uit te leggen. Consequentie daarvan is dat moet worden teruggevallen op het nationale recht. Het Europese Hof op zijn beurt zal het begrip vooral uitleggen in het licht van de richtlijn zelf, waarmee diverse schade-begrippen naast elkaar komen te staan. Een van de doelstellingen van het opstellen van de *Principles of European Contract Law* (PECL) was om een uniform kader te bieden. Wij voegen hier nog een ander bezwaar aan toe: behalve het gebruik van abstracte termen levert ook het minimum-karakter van de richtlijn problemen op. Dat lidstaten bevoegd zijn om in hun nationale recht meer bescherming te bieden, betekent immers in de praktijk dat er verschillen blijven bestaan. Zo zullen de verjaringstermijnen bij consumentenkoop in de Europese lidstaten ook na implementatie van richtlijn 1999/44 nog aanzienlijk verschillen, zodat de consument zonder studie van buitenlands recht nog niet weet waar hij aan toe is. Beide bezwaren roepen de vraag op of een nieuwe vormgeving van het Europees contractenrecht nodig is.

De vier door de Commissie genoemde opties³⁶ hebben tot een flink debat geleid. Zowel in de reacties op de Mededeling als in de literatuur³⁷ zijn zij bediscussieerd. De (eventueel met elkaar te

³¹ Zie voor een economisch perspectief Roger Van den Bergh, *Forced Harmonisation of Contract Law in Europe: Not to be continued*, in: *Toward a Multi-Layered Contract Law for Europe*, in: Stefan Grundmann & Jules Stuyck (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague etc. 2002 (te verschijnen).

³² Zie Mededeling, o.c., no. 34-40. Daarop wordt ook kritiek geuit in de meeste reacties (zie bijv. de Resolutie van het Europees Parlement, o.c., no. 2-4).

³³ Zie resp. art. 4 van richtlijn 85/577, art. 5 van richtlijn 94/47, art. 6 van richtlijn 97/7 en art. 6 van richtlijn 2002/65.

³⁴ Zie HvJ EG 22 april 1999, C-423/97, Jur. I-2195. Vgl. de Mededeling, no. 35 en Staudenmayer, o.c., p. 256.

³⁵ Mededeling, o.c., no. 36.

³⁶ Mededeling, o.c., no. 46 v.

combineren) scenario's bestaan uit het niet optreden van de EU (optie 1), het bevorderen van de ontwikkeling van gemeenschappelijke beginselen van contractenrecht (optie 2), het verbeteren van de kwaliteit van de bestaande wetgeving (optie 3) en het goedkeuren van 'alomvattende wetgeving op het niveau van de Gemeenschap' (optie 4).

Dat niet optreden van de EU een reële optie is, volgt uit de gedachte dat zelfregulering vaak beter is dan ingrijpen van hogerhand. De markt creëert eigen oplossingen: integratie van markten zal nationale wetgevers, maar ook het bedrijfsleven, er toe dwingen om de meest nijpende problemen zelf aan te pakken.³⁸ Zo is denkbaar dat modelcontracten voor grensoverschrijdende transacties worden opgesteld waarin de meest frequent voorkomende problemen worden ondervangen. Deze optie is duidelijk geïnspireerd door de discussie over de meest gewenste wijze van rechtseenwording: via harmonisatie of via concurrentie van rechtstelsels.³⁹ De Commissie zal deze optie zelf niet als reëel zien: deze eist immers geen optreden van enig EG-orgaan en daarom is het de Commissie nu juist te doen.

De tweede optie is die van de *restatement*. Deze komt er op neer dat vergelijkend onderzoek wordt gedaan naar het contractenrecht van de lidstaten van de Europese Unie om zodoende (niet-bindende) gemeenschappelijke beginselen te formuleren. Dit is precies wat is gebeurd door de Commissie-Lando toen deze de PECL opstelde.⁴⁰ Partijen kunnen er voor kiezen om deze beginselen van toepassing te verklaren op hun contract, maar ook kunnen rechters en wetgevers deze gebruiken als inspiratiebron. Op langere termijn kunnen zij in de visie van de Commissie tot gewoonterecht worden.⁴¹ Ook hier geldt dat enige actie van de EU niet nodig is om dit te bereiken.

Dat de bestaande wetgeving kan worden verbeterd als remedie voor de huidige incoherentie, ligt nogal voor de hand. Weinigen zullen dan ook gekant zijn tegen deze optie drie.⁴² Het verbeteren van de kwaliteit van de bestaande wetgeving impliceert, volgens de Commissie, het moderniseren van de bestaande richtlijnen over contractenrecht. Dat lijkt ons een goede (maar nogal voor de hand liggende) stap, waarbij wel bedacht moet worden dat zij niet leidt tot een verdergaande harmonisatie: zij consolideert de bestaande regelgeving met als resultaat een meer consistente tekst over met name het Europees consumentenrecht.

De meest vergaande optie ten slotte is de vierde.⁴³ Die bestaat in het vervaardigen van een algemene tekst over het contractenrecht, waarbij variatie op minstens twee wijzen mogelijk is. Naar het te gebruiken instrument kan gekozen worden voor een (de lidstaten bindende) richtlijn, een (de burgers bindende) verordening en een (niet bindende) aanbeveling. Ten aanzien van het toepassingsbereik van dat instrument is denkbaar dat de regels alleen van toepassing zijn als partijen dat expliciet aangeven (de *opt-in* mogelijkheid), dat zij van aanvullend recht zijn (dus van toepassing tenzij door partijen uitgesloten: de *opt-out* mogelijkheid) en dat zij dwingend deel uitmaken van de nationale rechtsorde. In die laatste optie wordt het nationale recht dus geheel vervangen door de nieuwe Europese regels.

Deze vierde optie is zonder twijfel de meest interessante. Dat blijkt ook uit de reacties op de Mededeling. Praktisch alle betrokkenen zijn voorstander van optie twee en drie. Optie een is het minst populair: een grote meerderheid meent dat een harmonisatie van het Europees contractenrecht niet tot stand kan worden gebracht door alleen te vertrouwen op de markt. Verschil blijkt pas bij optie vier: de overheden zijn daar in het algemeen voorstander van, de bedrijven zijn dat niet. De beoefenaars van de

³⁷ Zie met name de papers van het op 30 november en 1 december te Leuven over de Mededeling gehouden congres: Grundmann & Stuyck (eds.), *An Academic Green Paper*, o.c., alsmede J.H.M. van Erp, *Wordt het nieuwe BW ten dele vervangen door een Europees BW?*, WPNR 6457 (2001), p. 773 v.; E.H. Hondius, *Een belangrijke mededeling*, NTBR 2001, p. 401; Staudenmayer, o.c. en Stephen Weatherill, *The European Commission's Green Paper on European Contract Law: Context, Content and Constitutionality*, *Journal of Consumer Policy* 2001, p. 339 v.

³⁸ Mededeling, o.c., no. 49-51.

³⁹ Zie daarover het debat tussen J.M. Smits, *Een Europees privaatrecht als gemengd rechtstelsel*, NJB 1998, p. 61 v. en O.A. Haazen, *Comparative Law and Economics en het Europees privaatrecht als ongemengd rechtstelsel*, NJB 1998, p. 1227 v.

⁴⁰ O. Lando & H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, The Hague 2000.

⁴¹ Mededeling, o.c., no. 52-56.

⁴² Mededeling, o.c., no. 57-60.

⁴³ Mededeling, o.c., no. 61-69.

juridische beroepen zijn verdeeld: een deel van hen is sterk voorstander van het opstellen van beginselen, een ander deel twijfelt echter aan de invloed van niet-bindende instrumenten en kiest voor optie vier. De academici zijn voorstander van optie twee, maar hebben in het algemeen (op termijn) ook wel oren naar een bindend instrument. Het meest ver gaat de reactie van het Europees Parlement, dat een ambitieus actieplan behelst dat er kort gezegd op neer komt dat tegen het einde van 2004 een databank is gemaakt van nationale wetgeving en jurisprudentie op het terrein van het verbintenissenrecht, dat die databank vervolgens als basis zal dienen voor de uitwerking van gemeenschappelijke beginselen en dat die beginselen vanaf 2005 dienen te worden gepubliceerd en verspreid om rond 2010 in meer bindende vorm te worden aangenomen.

Wij maken twee opmerkingen over optie vier. De eerste is dat het enigszins verbaast dat in de Mededeling weinig aandacht wordt geschonken aan de bevoegdheidsvraag: zolang die niet is beantwoord, heeft het weinig zin om na te denken over de beste methode op weg naar een uniform contractenrecht. Zoals al aangegeven, is art. 95 EG-verdrag een twijfelachtige grondslag voor harmonisatie zolang niet onomstotelijk vaststaat dat de huidige diversiteit werkelijk nadelig is voor de interne markt. Even twijfelachtig zijn de artt. 65 en 308.⁴⁴ Uiteraard is wijziging van het EG-Verdrag mogelijk, maar dat vereist instemming van alle lidstaten.⁴⁵ De kans dat alle vijftien lidstaten die geven, is thans nog zeer klein. En dan zij nog eens herhaald dat het proportionaliteitsbeginsel in de weg lijkt te staan aan een Europees BW.

Een tweede aspect betreft de verhouding tussen consumentenrecht en commercieel contractenrecht. In de Mededeling van de Commissie wordt vrijwel steeds gesproken over 'het' contractenrecht. Het is echter juist *door* de Europese bemoeienis met de consumentenbescherming dat de breuk tussen enerzijds commerciële contracten en anderzijds consumentencontracten steeds groter wordt. Zij lijken elk steeds meer te worden beheerst door eigen regels. Dat roept de vraag op of het nog wel zinvol is om te spreken van contractenrecht in algemene zin. Is het niet beter om ons te concentreren op juist de meer consistente vormgeving van het Europees consumentenrecht.⁴⁶ Binnen optie vier zou dan onderscheid kunnen worden gemaakt tussen dwingend recht voor consumentencontracten (dat toch al grotendeels bestaat in de vorm van richtlijnen) en aanvullende regels voor commerciële contracten die partijen van toepassing kunnen verklaren als zij dat wensen.⁴⁷ Dat is ook in lijn met de Follow-up van het Groenboek over de consumentenbescherming.

5. De Follow-up van het Groenboek over de consumentenbescherming in de Europese Unie

Waar de Europese Commissie in de zojuist besproken Mededeling expliciet geen standpunt inneemt over het nut van verdere harmonisatie en alle opties open laat, gaat diezelfde Commissie in (de Follow-up van) het Groenboek over de consumentenbescherming verder dan dat. Ook in dit Groenboek wordt bedrijven en consumenten gevraagd om aan te geven waar zij belemmeringen ervaren door diversiteit van wetgeving en worden twee benaderingen geschetst voor verbetering. Het grote verschil tussen Mededeling en Groenboek zit hem er in dat het Groenboek in de eerste plaats is gericht op verbetering en uitbreiding van het *acquis* dat al bestaat op het terrein van de consumentenbescherming om aldus het grensoverschrijdend contracteren door consumenten te bevorderen, terwijl de Mededeling de meer principiële vraag stelt naar de vormgeving van het contractenrecht als geheel, met name met het oog op de belangen van het bedrijfsleven. Het belangrijkste probleem is – wederom – de huidige praktijk van *versnippering* van regelgeving: de bestaande richtlijnen dekken slechts specifiek omschreven handelspraktijken tussen bedrijven en consumenten. Zo worden volgens de Commissie de verkooppraktijk, de betaling en de klantenservice

⁴⁴ Vgl. kennelijk anders Staudenmayer, o.c., p. 260.

⁴⁵ Wij menen overigens, met W. van Gerven, Codifying European Private Law, paper to the conference Epistemology and Methodology of Comparative Law, Brussels 24-26 October 2002, dat de meest elegante weg naar een Europees BW die van een apart verdrag is: dat benadrukt het grote belang van dit project en stelt alle nationale parlementen in staat om er hun zegje over te doen. Bovendien behoeft dat de instemming van elke lidstaat (voor art. 95 jo. 251 jo. 205 EG-Verdrag is een gekwalificeerde meerderheid voldoende).

⁴⁶ Zie voor dit argument J.M. Smits, The Future of European Contract Law: on Diversity and the Temptation of Elegance, in: M. Faure, J. Smits & H. Schneider (eds.), Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research, Antwerp etc. 2002 (ter perse).

⁴⁷ Zie hiervoor J.M. Smits, Toward a Multi-Layered Contract Law for Europe, in: Grundmann & Stuyck (eds.), o.c., p. 384 v.

niet geregeld. Bovendien is problematisch dat veel richtlijnen al verouderd zijn wanneer zij van kracht worden: het totstandkomingsproces van de richtlijn duurt soms tien jaar, zodat het op te lossen probleem er soms een is van tien jaar geleden en de richtlijn inmiddels niet meer adequaat is. Ook blijven er grote verschillen tussen de lidstaten omdat de richtlijnen enkel een minimumharmonisatie voorschrijven.⁴⁸ Dat alles leidt, aldus nog steeds de Commissie, tot weinig rechtszekerheid en dus tot onvoldoende grensoverschrijdend winkelen.

Wat de Commissie hiermee eigenlijk zegt, is dat het instrument van de richtlijn, zoals tot nu toe gebruikt, eigenlijk een verkeerd instrument is gebleken. De problemen waarvan wordt gerept, zijn immers vooral het gevolg van de Europese interventie zelf. Dit zagen wij zojuist al bij de reacties op de Mededeling en het wordt in de Follow-up nog eens bevestigd: daar blijkt dat op één na alle lidstaten deze analyse delen en hervorming van het Europees consumentenrecht wensen.⁴⁹ Interessant is wel dat ongeveer de helft van de bedrijven die hebben gereageerd, de noodzaak van hervorming niet ziet en eerst meer empirisch bewijs wenst van de invloed van richtlijnen op consumentengedrag. Des te interessanter dat in de Follow-up de Commissie concludeert dat de respons is 'more than sufficiently clear to justify further steps towards reform.'⁵⁰ Die stappen bestaan vooralsnog in nader onderzoek naar hoe door consumenten en bedrijven tegen diversiteit wordt aangekeken en welke inconsistenties tussen de bestaande richtlijnen bestaan.

Intussen is al wel duidelijk welke weg de Commissie gaat volgen bij de nieuwe vormgeving van het consumentenrecht. De keuze was tussen het uitvaardigen van meer specifieke richtlijnen en een gemengde aanpak van een zogenaamde kaderrichtlijn, waar nodig aangevuld met specifieke richtlijnen. Gezien de zojuist genoemde bezwaren tegen de eerste methode beoogt de Commissie, conform de meerderheid van de reacties⁵¹ maar anders dan de Nederlandse regering wenste,⁵² met een kaderrichtlijn te komen die 'eerlijke handelspraktijken' tussen bedrijven en consumenten voorschrijft. Die richtlijn is dan een vangnet voor al die gevallen waarin de bestaande richtlijnen niet voorzien: zij zal een algemeen criterium bevatten over welke praktijken 'oneerlijk' zijn en zal algemene informatieplichten opleggen aan de professionele wederpartij van de consument,⁵³ zoals we die ook al kennen uit diverse bestaande richtlijnen.⁵⁴ Er is een grote kans dat een dergelijke richtlijn een maximumharmonisatie gaat voorschrijven aan de lidstaten:⁵⁵ daarmee worden boven het minimum uitgaande regels verboden en zouden de huidige verschillen in beschermingsniveau worden voorkomen.

Bij deze benadering moeten twee kanttekeningen worden gemaakt. Terecht heeft het bedrijfsleven aandacht gevraagd voor het verband tussen gefragmenteerde regelgeving enerzijds en het aantal grensoverschrijdende transacties anderzijds. De vraag is immers of dat verband echt bestaat. Ook de Nederlandse regering is sceptisch waar zij stelt '... dat het niet alleen een gebrek aan inzicht in regels is, waardoor belemmeringen ontstaan, maar ook een probleem van afstand (...), taalbarrières en cultuur.'⁵⁶ De kernvraag blijft dus of het belang van harmonisatie werkelijk zo groot is als de Europese Commissie het doet voorkomen.⁵⁷

Bovendien is de vraag of het begrip 'fairness' voldoende uniform zal worden geïnterpreteerd (als het al mogelijk blijkt om tot overeenstemming te komen over de formulering van de algemene norm). Met name het bedrijfsleven is terecht bevreesd voor verschillende nationale interpretaties van wat 'eerlijk' is, waardoor de rechtszekerheid juist minder in plaats van meer wordt. Het is dan ook

⁴⁸ Groenboek, o.c., p. 5, 7-8; Follow-up, o.c., no. 1.

⁴⁹ Follow-up, o.c., no. 7.

⁵⁰ Follow-up, o.c., no. 22.

⁵¹ Twaalf van de vijftien lidstaten, 29 van de 31 consumentenorganisaties en 31 van de 88 betrokkenen uit het bedrijfsleven (waarbij dient te worden aangetekend dat een meerderheid van 27 tegen was en 30 zich hierover niet uitspraken) spraken zich hiervoor uit.

⁵² Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 12 december 2001, TK 2001-2002, 27879, nr. 3, p. 5.

⁵³ Groenboek, o.c., p. 14-15. In de annex bij de Follow-up is een model voor de kaderrichtlijn opgenomen.

⁵⁴ Zoals art. 4 richtlijn 97/7 en art. 5 van richtlijn 2000/31.

⁵⁵ Vgl. Follow-up, o.c., p. 8 en 10.

⁵⁶ Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken, o.c., p. 2.

⁵⁷ Zie ook de Mededeling van de Commissie inzake Strategie voor het consumentenbeleid 2002-2006 (COM (2002) 208 def., Pb. EG C-137/2), waar een onderzoek wordt aangehaald waaruit blijkt dat het vertrouwen van de consument in grensoverschrijdende transacties aanmerkelijk lager is dan in binnenlandse transacties.

nogal optimistisch wanneer de Europese Commissie stelt dat een groep van academici de ‘notions of fairness which are common to the legal systems of the Member States’ moet gaan blootleggen. De Commissie heeft kennelijk een nogal naïef beeld van rechtscultuur.⁵⁸ Of een nadere uitwerking van de norm van ‘fairness’ met een verbod op misleidende handelspraktijken, een plicht tot het verstrekken van informatie over alles wat de beslissing van de consument zal kunnen beïnvloeden, een verbod op bedreiging en een plicht tot ‘effectieve’ behandeling van klachten na de koop, dit probleem kan verhelpen,⁵⁹ is de vraag.

6. Afsluitende opmerkingen

Met de Mededeling over Europees contractenrecht en in mindere mate met (de Follow-up van) het Groenboek over consumentenbescherming heeft de Europese Commissie het debat over de mogelijkheid van een Europees BW terecht proberen te verleggen van de academie naar waar dat debat thuishoort: de rechtspraktijk. Uit het voorafgaande bleek dat die praktijk in het algemeen weinig problemen ondervindt van de bestaande diversiteit. Dat is een belangrijke conclusie in een soms al zozeer door de speurtocht naar beginselen van uniform recht beheerste discipline. Indien de Europese Commissie een vervolg gaat geven aan zijn initiatief, zal met name die vraag naar de noodzaak van een uniform recht voor Europa aan de orde moeten komen. Die vraag moet naar ons oordeel primair door (rechts)economen worden beantwoord: zij zijn beter dan juristen in staat om te oordelen over de *kosten* van diversiteit en eenmaking.

Zou blijken dat de kosten van diversiteit in de Europese privaatrechtstelsels inderdaad aanzienlijk zijn, dan betekent dit naar ons oordeel nog niet dat ook meer uniformiteit moet worden nagestreefd. Het is zoals gezegd immers een beginsel van EG-recht dat het te gebruiken instrument, gezien de ernst van het probleem, proportioneel moet zijn. De optie van het vervangen van nationaal recht door een Europees BW, alleen vanwege problematische grensoverschrijdende transacties, lijkt buitenproportioneel.

Ten slotte zal in de discussie over een meer uniform Europees privaatrecht ook de vraag naar de competentie van de EU meer moeten worden gesteld dan in het verleden is geschied. Geen enkele wetgever, ook de Europese niet, wil immers het risico lopen dat een instrument de noodzakelijke grondslag mist en daarom door het Europese Hof van Justitie wordt vernietigd. De discussie over een Europees privaatrecht kan niet zonder aandacht voor deze drie punten.

⁵⁸ Zie ook het actieplan Simplifying and improving the regulatory environment: COM (2002) 278 final van 5 juni 2002, waarin o.a. wordt beoogd om een gemeenschappelijke rechtscultuur in de EU ‘in te voeren’.

⁵⁹ Zie Follow-up, o.c., no. 25.